



Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

Standort Lahr
Einsteinallee 1/1
77933 Lahr
Telefon 078 21/92 37 68 - 0
Fax 078 21/92 37 68 - 889

Standort Freiburg
Konrad-Goldmann-Straße 5b
79100 Freiburg
Telefon 0761/7078 54 - 0
Fax 0 761/7078 54 - 29

kanzlei@dr-stoll-kollegen.de
www.dr-stoll-kollegen.de

Lahr, den 28.11.2019
Unser Zeichen: 6559/19 mm/mm
Zustellungen über beA an: Dr. Ralf Stoll oder Ralph Sauer

VERFASSUNGSBESCHWERDE

der Herren

1. [REDACTED]
- Beschwerdeführer Ziff. 1 –
2. [REDACTED]
- Beschwerdeführer Ziff. 2 -
3. [REDACTED]
- Beschwerdeführer Ziff. 3 –

vertreten durch: Dr. Stoll & Sauer Rechtsanwaltsgesellschaft
mbH, Einsteinallee 1/1, 77933 Lahr

wegen: Ernennung von Herrn Professor Dr. Stephan Harbarth zum
Bundesverfassungsrichter durch den Bundespräsidenten am
30.11.2018

Wir zeigen an, dass uns die Beschwerdeführer Vollmacht erteilt und
uns mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt haben. Für die
Beschwerdeführer Ziff. 1 und 2 legen wir in den **Anlagen I und II**

Dr. Ralf Stoll
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Geschäftsführer

Ralph Sauer
Rechtsanwalt
Insolvenzverwalter
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Geschäftsführer

Christian Grotz
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Prokurist

Daniela Niemann
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwältin für Versicherungsrecht
Mediatorin (VWA)

Thorsten Ziser
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Barbara Busam
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Versicherungsrecht

Dr. Julia Lang
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht

Marc Malleis
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Frauke Brar LL.M.
Rechtsanwältin

Anja Brugger
Rechtsanwältin

Marcel Nussberger
Rechtsanwalt

Benjamin Müller
Rechtsanwalt

Annett Strick
Rechtsanwältin

Christian Donat Sierra
Rechtsanwalt

Tanya Slavova
Rechtsanwältin

Claudia Kummutat
Rechtsanwältin

Volker Kling
Rechtsanwalt

Annika Bernnat LL.M.
Rechtsanwältin

Jürgen Gerlach
Rechtsanwalt

Richard Krupp
Rechtsanwalt

jeweils Vollmachtsurkunden vor. Bezüglich des Beschwerdeführers Ziff. 3 wird eine schriftliche Vollmacht umgehend nachgereicht.

Namens und im Auftrag der Beschwerdeführer erheben wir

VERFASSUNGSBESCHWERDE

wegen der vorbezeichneten Entscheidung des Bundespräsidenten.

Wir rügen die Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 19 IV GG (dem Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 20 III GG) und aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 97 GG.

I. Vorbemerkung

Die Beschwerdeführer Ziff. 1 und 2 sind als Verbraucher im Sinne des § 607 I Nr. 6 ZPO Beteiligte eines im Zusammenhang mit dem Abgasskandal geführten Musterfeststellungsklageverfahrens gegen VW. Der Beschwerdeführer Ziff. 3 macht, ebenfalls im Zusammenhang mit dem Abgasskandal, in einem Anleger-Musterverfahren als beigeladener Kläger iSd § 9 Abs. 3 KapMuG Ansprüche gegen VW geltend. Die Beschwerdeführer sehen ihre verfassungsgemäßen Rechte durch die Ernennung von Professor Harbarth zum Bundesverfassungsrichter gefährdet, weil sie davon ausgehen, dass seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit und damit seine erforderliche Neutralität angesichts der umfangreichen Verflechtungen der früheren Anwaltskanzlei von Bundesverfassungsrichter Harbarth und seiner unmittelbaren Tätigkeit für die Automobilindustrie, auch im Zusammenhang mit dem Abgasskandalverfahren nicht gegeben sind. Das wirkt sich auf die Rechtsposition der Beschwerdeführer in verfassungswidriger Weise schon zu einem Zeitpunkt negativ aus, in dem es, was die Beschwerdeführer selbst betrifft, noch kein diesen Sachverhalt betreffendes anhängiges Verfahren beim BVerfG gibt. Die Beschwerdeführer sehen die ihre verfassungsmäßigen Rechte gefährdenden Umstände darin, dass das BVerfG die einfachrechtliche Rechtslage über den Vorrang des Verfassungsrechts unmittelbar beeinflusst. An dieser Beeinflussung wirkt Bundesverfassungsrichter Harbarth mit, sei es über Kammerentscheidungen, an denen er beteiligt ist, sei es über Senatsentscheidungen. Die Beschwerdeführer werden in dieser Beeinflussungsgefahr dadurch bestärkt, dass Bundesverfassungsrichter Harbarth zum Vizepräsidenten des Gerichts gewählt worden ist, und seine Ernennung zum Präsidenten nach Ende der Amtszeit von Präsident Voßkuhle beschlossene Sache ist. Die Beschwerdeführer können sich einen „Großindustrie-/Automobilindustriemann“, wie es Bundesverfassungsrichter Harbarth nun einmal ist, nicht als Richter/Vizepräsidenten/Präsidenten beim BVerfG vorstellen.

II. Sachverhalt

Der Verfassungsbeschwerde liegt folgender Sachverhalt zugrunde.

1. Biografie Professor Harbarth

In Fotokopie **Anlage 1** übergeben wir die vom Deutschen Bundestag veröffentlichte Biografie des Richters.

2. Ernennung

Das Verfahren seiner Ernennung ist gerichtsbekannt:

Der Wahlausschuss für die Richter des BVerfG hat dem Deutschen Bundestag nach mehrheitlicher Beschlussfassung in der Sitzung vom 19.11.2018 vorgeschlagen, Professor Harbarth als Nachfolger für den Richter des BVerfG im Ersten Senat Professor Kirchhof zu wählen, vgl. BT-Drs. 19/5861. Der Wahlvorschlag wurde aufgrund einer interfraktionellen Vereinbarung als Zusatztagesordnungspunkt 1 in die Tagesordnung der 65. Sitzung des Bundestags vom 22.11.2018 aufgenommen. Nach Durchführung des Wahlverfahrens gab einer der amtierenden Vizepräsidenten des Bundestags bekannt, dass der Abgeordnete Harbarth mit der erforderlichen Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen zum Richter des BVerfG gewählt worden sei. Der Abgeordnete nahm die Wahl an, vgl. Plenarprotokoll des BT 19/65 S. 754 (A, B).

Der Bundesrat wählte in seiner 972. Sitzung vom 23.11.2018 den zum Richter des BVerfG gewählten Professor Harbarth einstimmig zum Vizepräsidenten des BVerfG, Plenarprotokoll BR 972 S. 411.

Am 30.11.2018 wurde Professor Harbarth durch den Bundespräsidenten zum Bundesverfassungsrichter ernannt.

- Entscheidung des Zweiten Senats vom 02.07.2019 – 2 BvE 4/19, Rn. 5, 6,
Fotokopie **Anlage 2.** -

3. Beschwerdeführer

a) Die Beschwerdeführer Ziff. 1 und 2 sind Verbraucher, die vom Abgasskandal betroffen sind und sich deshalb an der vom Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, Berlin, erhobenen Musterfeststellungsklage (MFK) gegen die Volkswagen AG beteiligt haben. Die Einzelheiten ergeben sich aus den für den Beschwerdeführer Ziff. 1 in Fotokopie in **Anlage 3** und den Beschwerdeführer Ziff. 2 (Fotokopie **Anlage 4**) vorgelegten Unterlagen.

aa) Der Beschwerdeführer Ziff. 1 hatte danach im Jahr 2011 einen VW Sharan 2.0 I TDI gekauft (Siehe dazu die Zulassungsbescheinigung in Fotokopie Anlage 3). VW bestätigte mit Schreiben vom Januar 2017, dass das fragliche Fahrzeug durch eine vom Motorsteuergerät NOx hervorgerufene Abweichung beeinträchtigt worden war. Das Bundesamt für Justiz hat mit Schreiben vom 21.12.2018 gegenüber den Rechtsanwälten des Beschwerdeführers Ziff. 1 bestätigt, dass er zur MFK eingetragen worden ist (Fotokopie Anlage 3).

bb) Der Beschwerdeführer Ziff. 2 hat im Jahr 2015 bei VW einen gebrauchten VW Tiguan 2.0 TDI gekauft, Fotokopie Anlage 4 (siehe dazu die Zustellungsbescheinigung, Fotokopie Anlage 4). VW hat dem Beschwerdeführer im Dezember 2016 mitgeteilt, dass sein Fahrzeug über das Motorsteuergerät NOx von Abweichungen betroffen sei (Fotokopie Anlage 4). Das Bundesamt für Justiz hat den Rechtsanwälten des Beschwerdeführers Ziff. 2 mit Schreiben vom 21.12.2018 mitgeteilt, dass er zur MFK eingetragen worden ist (Fotokopie Anlage 4).

b) Der Beschwerdeführer Ziff. 3 ist Anleger. Er hat im August 2015 von VW Vorzugsaktien erworben. Durch das Unterlassen von VW, Ad-hoc-Mitteilungen zu den Manipulationen von Fahrzeugen mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen zu veröffentlichen, ist dem Beschwerdeführer ein Schaden entstanden. Seine Schadensersatzklage ist derzeit beim Landgericht Braunschweig anhängig (5 O 3656/16). Die 5. Kammer des Landgerichts Braunschweig hat am 05.08.2016 (5 OH 62/16) mit Rücksicht auf eine Vielzahl anderer, gleichgelagerter Klagen einen Vorlagebeschluss nach § 6 Abs. 1 KapMuG erlassen und dem OLG Braunschweig zum Zweck eines Musterentscheids darin im Einzelnen näher bezeichnete Feststellungsziele vorgelegt. Das Verfahren 5 O 3656/16 wurde daher vom Landgericht Braunschweig mit Beschluss vom 20.12.2016 ausgesetzt. Das OLG Braunschweig, bei dem das Musterverfahren gegen VW unter dem Aktenzeichen 3 Kap 1/16 anhängig ist, hat als Musterklägerin die Deka Investment GmbH, Frankfurt am Main, bestimmt. Die Einzelheiten ergeben sich aus den für den Beschwerdeführer Ziff. 3 vorgelegten Unterlagen (Fotokopie **Anlage 5a bis 5h**). Die Volkswagen AG wird in diesem Verfahren - unter anderem - von der Kanzlei SZA Schilling, Zutt & Anschütz vertreten (Anlage 5f).

4. Entstehungsgeschichte MFK und Erhebung der MFK

Zur Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Regelung einer MFK übergeben wir den Gesetzesentwurf der CDU/CSU und SPD vom 05.06.2018, BT-Drs. 19/2507, Fotokopie **Anlage 6**. Den Gesetzestext in BGBl. I 2018, 1151 fügen wir in Fotokopie in **Anlage 7** bei, außerdem die Verordnung über das Register für MFKen (BGBl. I 2018, 1804), Fotokopie **Anlage 8**.

Mit Schriftsatz vom 01.11.2018 hat der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherbände wegen des Abgasskandals eine MFK gegen die Volkswagen AG zum OLG Braunschweig erhoben. An diesem Verfahren sind inzwischen 462.000 betroffene Verbraucher beteiligt. Das OLG Braunschweig hat den Eingang der MFK unter Vergabe des Aktenzeichens 4 MK 1/18 bestätigt, vgl. Empfangsbekanntnis Fotokopie **Anlage 9**.

Die Einzelheiten der MFK ergeben sich aus der öffentlichen Bekanntmachung der MFK gemäß § 607 I ZPO, Fotokopie **Anlage 10**. Der Stand des Verfahrens und die eingetretenen Veränderungen und

Ergänzungen der Feststellungsziele sind aus der Zusammenstellung des Bundesamts für Justiz ersichtlich, Fotokopie **Anlage 11**.

Die Begründung für die in der MFK gestellten Anträge ergibt sich aus dem Schriftsatz vom 01.11.2018, S. 47 ff., Fotokopie **Anlage 12**. Die teilweisen Schwärzungen betreffen den Sachinhalt der Begründung nicht.

5. Fehlende Unabhängigkeit von Bundesverfassungsrichter Harbarth (Sachverhalt)

a) Vorbemerkung, (Neben-)Einkünfte und Tätigkeit

aa) Die Beschwerdeführer legen zunächst Wert auf die Feststellung, dass sie sich nicht auf den Sachverhalt stützen, der der zentrale Gegenstand einer vom BVerfG schon entschiedenen Verfassungsbeschwerde

- siehe unten III. 1 –

gewesen ist, nämlich die Höhe der Anwaltseinkünfte des Richters, falsche Angaben im Rahmen des § 44b AbgG, Zweifel darüber, dass das Abgeordnetenmandat die Haupttätigkeit von Professor Harbarth gewesen ist und die fortbestehende Vernetzung mit seiner früheren Anwaltskanzlei SZA Schilling, Zutt & Anschütz, Rechtsanwalts-gesellschaft AG (jetzt Rechtsanwalts-GmbH).

- Zur Umfirmierung siehe Bundesanzeiger vom 12.07.2017, Fotokopie **Anlage 13** -

Die hier vorgelegte Verfassungsbeschwerde hat sich vielmehr von folgenden Überlegungen leiten lassen.

bb) (Neben)Einkünfte

Die anwaltlichen Einnahmen von Professor Harbarth waren natürlich hoch, wie – etwa – die Bilanz 2017 mit einem Bilanzgewinn von mehr als zwei Millionen Euro und die Ergebnisverwendung ausweisen, vgl. Fotokopie **Anlage 14**.

Es ist also davon auszugehen, dass die jährliche Vergütung von Professor Harbarth deutlich über 250.000,00 € p.a. gelegen hat.

- Siehe dazu SPIEGEL ONLINE vom 09.06.2016, Fotokopie **Anlage 15**, Brief im Verfahren der vom BVerfG beschiedenen Verfassungsbeschwerde vom 10.07.2019, siehe unten III. 1. -

Ganz gleich, wie das Vergütungssystem seiner früheren Anwaltskanzlei ausgestaltet gewesen war,

- siehe dazu Handelsblatt vom 12.07.2018, Fotokopie **Anlage 16** -

höhere Einkünfte eines Rechtsanwalts (hier zwischen 900.000,00 und 1.200.000,00 € p.a.) deuten lediglich darauf hin, dass es sich um einen erfolgreichen Rechtsanwalt gehandelt hat.

cc) Angaben nach § 44b AbgG

Der Bundestagsabgeordnete Harbarth hatte seine Nebeneinkünfte ab 17.01.2018 der Stufe 10 zugeordnet (siehe oben Fotokopie Anlage 1, S. 3). Also zutreffende Angaben gemacht.

dd) Status als Bundestagsabgeordneter

Die Tätigkeit eines Abgeordneten muss sich als Schwerpunkt darstellen.

- „Mittelpunkt der Tätigkeit“, vgl. *Raue* in: Austermann/Schmahl, AbgG 2016, zu § 44a I 1 AbgG -

Schon früher war das wegen der Höhe der Nebeneinkünfte von der Opposition im Bundestag bezweifelt worden. Der damalige Bundestagspräsident Lammert sah jedoch keine Veranlassung, um einzuschreiten.

ee) Verknüpfung mit der früheren Anwaltskanzlei

Es ist davon auszugehen, dass die Kontakte von Richter Harbarth mit seinen früheren Anwaltskollegen erhalten geblieben sind, so wie sie auch bei einem früher parteipolitisch aktiven Richter erhalten bleiben. Das kann aber kein tragfähiger Grund gegen die Wahl zum Bundesverfassungsrichter sein. Wäre das anders, könnte kein Rechtsanwalt und kein Mitglied einer politischen Partei zum Bundesverfassungsrichter gewählt werden.

ff) CDU-Ticket

Die Beschwerdeführer gehen davon aus, dass Professor Harbarth im Rahmen des CDU-Tickets in seiner Eigenschaft als angesehenes und mit vielen Funktionen beauftragtes CDU-Mitglied zum Bundesverfassungsrichter gewählt worden ist. Fragen der Ausgestaltung und der Wahrnehmung seiner Aufgaben als Bundestagsabgeordneter haben dabei keine Rolle gespielt. Das Protokoll der Abstimmung im Bundestag weist aus, dass die Wahl im Bundestag, abgesehen von technischen Hinweisen, kommentarlos verlaufen ist.

- Plenarprotokoll BT 19/65, S. 7447 D, Fotokopie **Anlage 17a**, S. 7454 A, Fotokopie **Anlage 17b** -

Der Bundestag hat sich dabei auf den Wahlvorschlag des Wahlausschusses bezogen.

- Siehe dazu BT-Drs. 19/5861 vom 19.11.2018, Fotokopie **Anlage 18** -

Die Wahl hat dort ohne Aussprache stattgefunden (§ 6 I 1 BVerfGG). Diesem Verfahren liegen üblicherweise informelle Absprachen zwischen den insoweit in Betracht kommenden politischen Parteien zugrunde. Ob dazu nur unzulängliche Informationen gegeben waren, sieht das BVerfG als nicht weiter zu kontrollierende politische Entscheidung an.

- BVerfGE 127, 1 (15 f.); *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 539 ff. -

gg) Zusammenfassung

Insgesamt halten die Beschwerdeführer deshalb daran fest, dass es nicht um die Person des Richters Harbarth als angesehenen (ehemaligen) Rechtsanwalt, (ehemaligen) Abgeordneten und CDU-Mitglied geht, sondern allein um seinen gerichtsverfassungsrechtlichen Status, also seine richterlichen Funktionen.

b) Industrieverknüpfungen

Die Tätigkeit von Bundesverfassungsrichter Harbarth wird durch die Tatsache beeinflusst, dass seine frühere Anwaltskanzlei (und damit auch er, unabhängig davon, ob er selbst bestimmte Mandate wahrgenommen hat) in erheblichem Umfang für die Großindustrie im Allgemeinen, die Automobilindustrie im Besonderen, und vor allem für die VW AG tätig gewesen ist (und im Übrigen weiter tätig ist).

Professor Harbarth war in führender Position der SZA Schilling, Zutt & Anschütz Rechtsanwaltsgesellschaft AG, Mannheim, tätig. SZA gehört zu den bedeutendsten deutschen Wirtschaftskanzleien. Die Anwaltskanzlei weist selbst darauf hin, dass sie 14 der 30 DAX-Unternehmen berät und vertritt. SZA verwendet den Slogan, „Zu uns kommen Konzerne, wir kommen nicht zu ihnen“. Das bedeutet, SZA ist in erheblichem Umfang der Großindustrie verbunden.

Das betrifft auch die Automobilindustrie. SZA hat Daimler Benz beim Verkauf der EADS-Anteile beraten und vertreten und bei der Fusion mit Chrysler. SZA hatte im Übrigen schon 2015 ein Mandat von VW wegen des Abgasskandals und 2019 in derselben Sache ein Prozessmandat erhalten, nicht nur im MFK-Verfahren, sondern auch in Einzelverfahren, die von geschädigten Klägern gegen VW wegen dieses Sachverhalts geltend gemacht worden sind. Gerade im Zusammenhang mit den VW-Mandaten ist deshalb ausdrücklich Professor Harbarth genannt worden. Selbst wenn er nicht unmittelbar der beratende und vertretende Rechtsanwalt gewesen war, ändert das an der Verknüpfung mit dem Prozessgegner der MFK nichts.

Kernpunkt des Sachvortrags ist deshalb die Tatsache, dass SZA einer der führenden Berater und Vertreter der Großindustrie ist, mit einem besonderen Fokus auf die Automobilindustrie. Das muss sich Professor Harbarth, unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang er insoweit unmittelbar tätig war, zurechnen lassen.

III. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

1. Der Rechtsweg zum BVerfG ist eröffnet

Die 1. Kammer des Zweiten Senats hat zwar mit Beschluss vom 29.07.2019 eine Verfassungsbeschwerde, die mit ihrem Hauptantrag denselben Gegenstand hatte wie die vorliegende Verfassungsbeschwerde, nicht zur Entscheidung angenommen, Fotokopie **Anlage 19**.

Eine weitere Verfassungsbeschwerde, die dasselbe Rechtsschutzziel verfolgt, ist danach nur zulässig, wenn ihr ein abweichender Sachverhalt/eine andere Grundrechts-Rechtsslage zugrunde liegt.

- BVerfG(K), B. v. 11.02.2019 – 1 BvR 3/19 Rn. 4;
B. v. 08.08.2019 – 1 BvR 1737/19 Rn. 2

Die vorliegende Verfassungsbeschwerde greift auf einen anderen Sachverhalt zurück. Sie stützt sich außerdem auf andere Grundrechtsverletzungen.

- a) Wir übergeben dazu die dem Beschluss vom 29.07.2019 zugrundeliegende Verfassungsbeschwerde vom 10.07.2019, Fotokopie **Anlage 20**, zusammen mit dem in Bezug genommenen Brief der Anwaltskanzlei vom 05.01.2019, Fotokopie **Anlage 21**.
- b) Der damalige Beschwerdeführer stützte sich in seiner Verfassungsbeschwerde (im Zusammenhang mit dem Brief vom 05.01.2019), wie dort (S. 8) ausdrücklich gerügt wird, auf berechnete Zweifel in Bezug auf rechtswidrig erfolgte Dritteinflüsse bezogen auf Bundesverfassungsrichter Harbarth.

Schon aus dem Sachvortrag wird nicht erkennbar, was der Beschwerdeführer damals mit „Dritteinflüssen“ gemeint hat. Möglicherweise soll es um Dividenden aus den gesellschaftlichen Anteilen von Bundesverfassungsrichter Harbarth gehen (Brief, S. 3 f., 4). Nicht aufgeklärt soll auch die Vergütung von Professor Harbarth gewesen sein, was der Brief als Verdacht mitteilt (S. 4 ff.). Die vom BVerfG beschiedene Verfassungsbeschwerde lässt aber insoweit nicht erkennen, welche verfassungsrechtliche Bedeutung einerseits der Höhe der Einnahmen, andererseits etwaiger Falschangaben zukommen soll. Dass Abgeordnete Nebeneinnahmen erzielen dürfen, steht außer Frage, vgl. § 44a I AbgG. Dass es insoweit Informationspflichten (§ 44a II AbgG) und Verhaltensregeln gibt (§ 44b AbgG), steht ebenfalls fest.

- Siehe dazu auch die Entscheidung des Zweiten Senats vom 02.07.2019 im Organstreitverfahren Petry u.a., 2 BvE 4/19, oben Fotokopie Anlage 2 -

Es gibt sicherlich eine ganze Reihe von Bundestagsabgeordneten mit hohen Nebeneinkünften.

- Siehe dazu SPIEGEL ONLINE vom 09.06.2016, oben Fotokopie Anlage 15 -

Es gibt aber bisher keine Grenze für die Höhe von Nebeneinkünften, die zu einem Verstoß gegen die Grundpflichten eines (Bundestags)Abgeordneten führen müsste.

Und soweit es sich um falsche Angaben handeln würde, berührten sie – jedenfalls in diesem Zusammenhang – den Status eines Bundestagsabgeordneten nicht, vgl. § 44a IV, § 44b AbgG.

- c) Das BVerfG ist zwar davon ausgegangen, dass vorhandene Nicht- oder Falschinformationen einen Wahlakt berühren können. Das setzt aber hinreichend konkrete Anhaltspunkte voraus.

- Entscheidung des Zweiten Senats vom 02.07.2019 – 2 BvE 4/19, Rn. 27, siehe oben Fotokopie Anlage 2 -

Solche Anhaltspunkte sind der erwähnten Verfassungsbeschwerde jedoch nicht zu entnehmen. Die Verfassungsbeschwerde macht lediglich weiteren Aufklärungsbedarf geltend und führt dazu aus, Verstöße seien „nicht ausgeschlossen“ (Verfassungsbeschwerde 11). Sie nennt keinen Betrag für Nebeneinkünfte, der einen Abgeordneten unwählbar machen würde. Sie weist insoweit lediglich darauf hin, dass im Rahmen der nach § 44a, § 44b AbgG der Begriff des „Gewinn“ unglücklich gewählt worden sei (Brief, S. 3).

- d) Letzten Endes kann das alles auf sich beruhen. Die fragliche Verfassungsbeschwerde stellt keinen nachvollziehbaren Zusammenhang mit der Ernennung von Prof. Harbarth zum Bundesverfassungsrichter her. Es hätte dargestellt werden müssen, in welcher Weise sich – unterstellte – Mängel im Wahlverfahren auf die Ernennung durch den Bundespräsidenten hätten auswirken können.
- e) Während also der Kern der zitierten Verfassungsbeschwerde in angenommenen Wahlmängeln liegt, wird die vorliegende Verfassungsbeschwerde allein auf die Ernennung durch den Bundespräsidenten selbst gestützt. Vom Sachverhalt her geht es dabei um die für die Ernennung erforderliche Unabhängigkeit des Richters Harbarth. Die hier vorgelegte Verfassungsbeschwerde hat schon deshalb einen anderen Sachverhalt als Grundlage.
- f) Die zitierte Verfassungsbeschwerde hat zunächst auf das Demokratieprinzip zurückgegriffen (Vb 10, 13), wechselt dann aber zu einem Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG (Vb 11). Schließlich wird

auch noch ein Verstoß gegen Art. 97 GG gerügt (ohne Rückgriff auf Art. 2 I GG) (Vb 14). Auch in diesem Zusammenhang wirft die Verfassungsbeschwerde lediglich Fragen auf.

g) Die Erörterung der erhobenen Rügen ist von der zitierten Verfassungsbeschwerde ohne Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG, also unter Verstoß gegen die Substantiierungspflichten aus §§ 23 I 2, 92 BVerfGG erfolgt.

aa) Es trifft zwar zu, dass das BVerfG ein Demokratiegrundrecht entwickelt hat.

- Siehe etwa BVerfGE 89, 155 (171 ff.); 123, 267 (329 ff), 129, 124 (276) -

Um das Demokratiegrundrecht geltend zu machen, bedarf es eines Rückgriffs auf Art. 2 I GG. Dazu sagt die zitierte Verfassungsbeschwerde nichts. Hinzu kommt, dass das Demokratiegrundrecht auf die Kontrolle von Strukturveränderungen im staatlichen organisatorischen Gefüge bezogen ist.

- BVerfGE 142, 125 (190 Fn. 126); 146, 216 (250 Rn. 46) -

Zur Geltendmachung von Einwänden gegen Parlamentsbeschlüsse – wie es die zitierte Verfassungsbeschwerde vorsieht – dient es nicht.

bb) Auch auf Art. 101 I 2 GG kann sich die zitierte Verfassungsbeschwerde nicht stützen. Zwar sichert Art. 101 I 2 GG die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters, und damit seine Neutralität. Ein Verstoß setzt aber Willkür voraus.

- BVerfGE 20, 164 (167); *Lenz/Hanse*, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 260 -

Dazu hat die zitierte Verfassungsbeschwerde nichts vorgetragen.

cc) Die allein über Art. 2 I GG mögliche Rüge der Verletzung des Art. 97 GG hat die zitierte Verfassungsbeschwerde ohne Rückgriff auf Art. 2 I GG erhoben und im Übrigen zu den Grundlagen der verfassungsrechtlich gesicherten Unabhängigkeit eines Richters

- siehe dazu *Hömig/Wolff*, GG, 12. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 10 ff. -

nichts weiter vorgetragen.

h) Die vorliegende Verfassungsbeschwerde greift demgegenüber weder auf das Demokratiegrundrecht noch auf Art. 101 I 2 GG zurück. Sie rügt die fehlende Neutralität von Richter Harbarth, gestützt auf Art. 19 IV GG (dem Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 20 III GG) und Art. 2 I GG i.V.m. Art. 97 GG.

2. Insgesamt ist deshalb festzustellen, dass die vorliegende Verfassungsbeschwerde auf einem anderen als von der zitierten Verfassungsbeschwerde behandelten Sachverhalt beruht. Sie bezieht sich zudem auf andere Grundrechtsverletzungen. Die Differenz der vorliegenden zu der zitierten Verfassungsbeschwerde ist auch entscheidungserheblich. Das ergibt sich aus der Begründung für diese Verfassungsbeschwerde. Die vom BVerfG schon entschiedene Verfassungsbeschwerde steht infolgedessen der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen.

3. Die Verfassungsbeschwerde ist fristgerecht erhoben

a) Der Bundespräsident hat Professor Harbarth am 30.11.2018 zum Bundesverfassungsrichter ernannt.

- Siehe dazu im Einzelnen die Feststellungen im Organstreitverfahren
BvE 4/19, Entscheidung vom 02.07.2019, Rn. 4 ff., oben Fotokopie Anlage 2 -

b) Die Ernennung ist ein „sonstiger Hoheitsakt, gegen den ein Rechtsweg nicht offensteht“ i.S.d. § 93 III BVerfGG.

BVerfGE 28, 88 (92) hat sich auf den Standpunkt gestellt, „sonstige Hoheitsakte“ seien solche, die nicht als Entscheidungen anzusehen seien.

Da der Bundespräsident u.a. auch Bundesbeamte ernennt und entlässt,

- vgl. Art. 60 I GG, der wohl maßgeblichen Rechtsgrundlage auch für die Ernennung zum Bundesverfassungsrichter, § 10 BVerfGG hat danach nur deklamatorische Bedeutung, s. dazu *Küppers*, in: Barczak, BVerfGG 2018, § 10 Rn. 4 ff. -

spräche etwas dafür, auch im vorliegenden Zusammenhang von einer Entscheidung auszugehen. Das würde die Anwendung des § 93 III BVerfGG grundsätzlich ausschließen. Für die Annahme einer „Entscheidung“ als maßgebliches Kriterium war der naheliegende Ausgangspunkt, dass Art. 19 IV GG nur bei einer Entscheidung einen Rechtsweg vorsieht.

Im vorliegenden Fall gibt es aber zwei Besonderheiten, die § 93 III BVerfGG anwendbar machen. Zum einen ist zu beachten, dass die Ernennung eines Bundesverfassungsrichters kein Regierungsakt ist. Der Bundespräsident handelt nicht auf Regierungsebene, sondern als Staatsoberhaupt.

- Der Bundespräsident steht damit über den Staatsfunktionen, vgl. *Nettesheim*, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 61 Rn. 41 -

Weil er keine politische, sondern eine rechtsgebundene Entscheidung trifft, befindet man sich deshalb bei der Ernennung eines Bundesverfassungsrichters im Bereich justizfreier Hoheitsakte. Zwar ist allgemein angenommen worden, justizfreie Hoheitsakte hätten als rechtswegfreie Maßnahme ausgedient,

- vgl. etwa *Hömig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 74 -

Hömig ist allerdings zu diesem Ergebnis gekommen, weil er davon ausgegangen ist, die Frage sei „ohne praktische Bedeutung“. Das lässt sich für den vorliegenden Sachverhalt gerade nicht sagen. Es erscheint ausgeschlossen, die Ernennung eines Bundesverfassungsrichters angesichts ihrer Einbindung in das parlamentarische Vertrauen und der Notwendigkeit der Gegenzeichnung nach Art. 58 GG als bloßen Verwaltungsakt zu betrachten.

Selbst wenn man das anders beurteilen wollte, müsste berücksichtigt werden, dass es für einen Sachverhalt wie den vorliegenden gar keine Rechtsschutzmöglichkeiten gibt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 19 IV GG/der Justizgewährungsanspruch nicht nur den Rechtsweg eröffnen, sondern **e f f e k t i v e n** Rechtsschutz gewährleisten.

- Siehe dazu jetzt erneut BGH, NJW 2019, 3444 (3446) -

Die Beschwerdeführer rügen die Unwählbarkeit des Abgeordneten Harbarth. Das konnte aber der Bundespräsident gar nicht prüfen. Er hatte nur die einschlägigen Parlamentsbeschlüsse, aus denen sich Unwählbarkeitsargumente nicht ergeben und – angesichts der formalen Gestaltung – auch gar nicht ergeben konnten. Unabhängig von der Antwort auf die Frage, ob dem Bundespräsidenten überhaupt ein materielles Prüfrecht zusteht,

- siehe dazu etwa *Heun*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 60 Rn. 20 -

ist doch mit *Heun* davon auszugehen, dass es für die Ernennung von Bundesverfassungsrichtern kein materielles Prüfrecht des Bundespräsidenten gibt. Und wenn es ein materielles Prüfrecht des Bundespräsidenten gäbe, wäre es nicht auf die hier angesprochenen Grundsatzfragen bezogen. Der Bundespräsident ist insoweit darauf beschränkt, die formellen Voraussetzungen der Ernennung zu kontrollieren. Was es dazu an materiellechtlichen Bestandteilen gibt, liegt ausschließlich in den einschlägigen Parlamentsbeschlüssen.

Da infolgedessen nicht gerügt werden kann, der Bundespräsident habe die Neutralität des Richters Harbarth prüfen müssen, gibt es in concreto keinen Rechtsweg. Die Ernennung von Professor Harbarth zum Bundesverfassungsrichter durch den Bundespräsidenten erweist sich deshalb als „sonstiger Hoheitsakt“ im Sinne des § 93 III BVerfGG.

- c) Die Jahresfrist ist gewahrt. Der Tag, an den das fragliche Ereignis fällt (hier: der 30.11.2018) ist für den Fristbeginn maßgebend. Fristende ist generell der Tag, der dem Ausgangstag entspricht, er wäre hier also der 30.11.2019. Dies ist ein Samstag. Nach § 222 II ZPO können am Samstag/Sonntag keine Fristen ablaufen. Fristablauf ist infolgedessen der 02.12.2019.

4. Besondere Rechtsschutzvoraussetzungen

Für die Verfassungsbeschwerde gegen einen „sonstigen Hoheitsakt“ gelten dieselben Voraussetzungen wie für eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz. Die Beschwerdeführer müssen also durch den fraglichen Hoheitsakt „selbst, gegenwärtig und unmittelbar“ betroffen sein.

a) Selbstbetroffenheit

Mit dem Erfordernis der Selbstbetroffenheit soll die Popularklage ausgeschlossen werden. Die Beschwerdeführer müssen in eigenen Rechten betroffen sein.

- B. d. 1. Kammer des Ersten Senats vom 28.01.2014 – 1 BvR 573/11, Rn. 5; NVwZ-RR 2014, 537, st. Rspr. -

Zwar gibt es keine anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren, die die Beschwerdeführer im vorliegenden Rechtsstreit betreffen. Darauf kommt es aber nicht an. Die Ernennung des Abgeordneten Harbarth zum Bundesverfassungsrichter betrifft zwar ein Drittrechtsverhältnis. Damit ist jedoch der Rechtscharakter der Ernennung nicht erschöpft. Das einfache Recht, auf das die Beschwerdeführer im Rahmen der MFK aber auch außerhalb von ihr zurückgreifen, ist, als einfaches Recht, nur verfassungskonform anwendbar, steht also wegen des Vorrangs der Verfassung in seiner Anwendung im Ergebnis unter der konkreten Gestaltung durch die Rechtsprechung des BVerfG. Daraus ergibt sich, dass die Beschwerdeführer selbst durch die Ernennung des Richters Harbarth in ihren (eigenen) Rechten betroffen sind. In diesem Zusammenhang kommt es vor allem auf die Relation zwischen der beeinträchtigten Maßnahme und den Grundrechten der Beschwerdeführer an.

- *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 296 -

Ein Bundesverfassungsrichter, zumal ein solcher, der Vizepräsident und in der Folge Präsident des Gerichts ist, hat wesentlichen Einfluss auf die Rechtsprechung in seinem Sinn (und auch auf deren Außendarstellung). Da die Automobilindustrie aufgrund der rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen auf lange Zeit im Blickpunkt rechtlicher Auseinandersetzungen stehen wird, ist der unmittelbare Bezug zwischen Maßnahmen und Grundrechtspositionen (der Beschwerdeführer) offenkundig. Ein nicht neutraler Bundesverfassungsrichter gefährdet infolgedessen die Grundrechtsposition der Beschwerdeführer, und das eben nicht erst dann, wenn es zu einem beim BVerfG anhängigen Verfahren eines der Beschwerdeführers kommt. Die Selbstbetroffenheit der Beschwerdeführer ist deshalb gegeben.

b) Gegenwärtigkeit

Die Beschwerdeführer sind auch gegenwärtig betroffen. „Gegenwärtig“ ist nicht wörtlich zu nehmen. Es kommt vielmehr auf die von einem „sonstigen Hoheitsakt“ ausgehenden Wirkungen an.

- Für Rechtsnormen hat das BVerfG diese Aussage im Zusammenhang mit der Beschwer durch geheime Abwehrmaßnahmen entwickelt, vgl. etwa BVerfGE 141, 220 (262 Rn. 83 ff.) -

Das kann immer nur einzelfallbezogen geklärt werden. Die danach zu beurteilende Wahrscheinlichkeit von den fraglichen Wirkungen betroffen zu werden, hängt davon ab, welche Möglichkeiten ein Beschwerdeführer hat, seine Betroffenheit darzulegen. Wie die Begründung dieser Verfassungsbeschwerde näher ausführt, steht jeder Beschwerdeführer unter dem aktuellen Risiko einer seine einfachrechtliche Rechtsposition berührenden verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die von einem nicht neutralen Bundesverfassungsgericht beeinflusst wird. Die Beschwerdeführer sind deshalb auch gegenwärtig betroffen.

c) Unmittelbarkeit

Die Beschwerdeführer sind auch unmittelbar betroffen. Das ergibt sich schon daraus, dass der hier in Rede stehende sonstige Hoheitsakt keines weiteren Verzugs mehr bedarf.

- BVerfGE 142, 234 (250), st. Rspr. -

d) Subsidiarität

Auch für Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze gilt der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität.

- BVerfGE 143, 246 (321 Rn. 209); 150, 309 (326 Rn. 41) -

Das ist dann auch für Verfassungsbeschwerden gegen einen „sonstigen Hoheitsakt“ anzunehmen. Im vorliegenden Fall steht jedoch fest (s.o. III. 2b), dass die Beschwerdeführer keinen Rechtsschutz durch die Anrufung der Fachgerichte erlangen können.

- Siehe dazu BVerfGE 143, 246 (321 Rn. 209) -

Also steht der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen.

5. Allgemeines Rechtsschutzinteresse

Die Beschwerdeführer sind beschwert. Geht die MFK verloren, kann die Ursache dafür in einer verfassungsrechtlichen Abhängigkeit der einfachrechtlichen Entscheidung von der Rechtsprechung

des BVerfG liegen, die von Bundesverfassungsrichter Harbarth mitgetragen worden ist (siehe dazu unten IV. 1, 2).

Wird dagegen die MFK gewonnen, wovon die Beschwerdeführer ausgehen, müssen sie ihren Schaden in jeweils konkreten Verfahren gegenüber VW geltend machen. Dass sie einen solchen Schaden haben, steht fest. Es geht dann nur noch um dessen Höhe. Auch in diesem Rechtsstreit kann die Entscheidung von verfassungsrechtlichen Vorgaben abhängen, die Bundesverfassungsrichter Harbarth mitgetragen hat (siehe dazu unten IV. 1, 2).

IV. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

1. Formelle Vorfragen/Beschwerdeziele

Die Verfassungsbeschwerde wird, wie schon erwähnt, auf die Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 19 IV GG (Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 20 III GG) und Art. 2 I GG i.V.m. Art. 97 GG gestützt.

- a) Die Ernennung von Richter Harbarth durch den Bundespräsidenten ist ein Akt der öffentlichen Gewalt. Infolgedessen ist Art. 19 IV GG anwendbar. Die Beschwerdeführer haben insoweit einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gegen Maßnahmen eines Richters, der die gebotene Neutralität nicht zu wahren in der Lage ist. Die Beschwerdeführer übersehen dabei nicht, dass sie, wären sie unmittelbar Beteiligte eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens (im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde oder eines Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 I G), davon ausgehen können, dass die verfassungsgemäße Besetzung des Gerichts von amtswegen zu prüfen ist.

- BVerfGE 131, 230 (233); *Kliegel*, in: Barczak, BVerfGG 2018, § 19 Rn. 58 ff. -

In einem anhängigen verfassungsgerichtlichen Verfahren unter Beteiligung der Beschwerdeführer könnte fehlende Neutralität von Bundesverfassungsrichter Harbarth zudem Gegenstand einer Selbstablehnung des Richters sein oder Anträge der Verfahrensbeteiligten nach §§ 18, 19 BVerfGG rechtfertigen. All das hat jedoch mit dem Ziel der vorliegenden Verfassungsbeschwerde nichts zu tun. Die Verfassungsbeschwerde hat insoweit auch nicht zum Gegenstand, dass Bundesverfassungsrichter Harbarth möglicherweise als Abgeordneter an Gesetzen mitgewirkt hat, durch die die Beschwerdeführer in verfassungswidriger Weise beeinträchtigt werden. Die Beteiligung an der Erarbeitung von Gesetzen ist als solche grundsätzlich nicht beanstandungsfähig, d.h. kein Ausschließungsargument.

- BVerfGE 150, 204 (226 f.) -

Den Beschwerdeführern geht es um die generelle, von einem verfassungsgerichtlichen Verfahren unabhängige Beeinflussung fachgerichtlicher Rechtsprechung durch die Mitwirkung eines Richters wie Bundesverfassungsrichter Harbarth, der durch seine Bindung an die Großindustrie im Allgemeinen und an die Automobilindustrie im Besonderen (und dabei ganz besonders an VW, dem Prozessgegner der MFK und des Kapitalanleger-Musterverfahrens) nicht über die erforderliche richterliche Neutralität verfügt. Der damit hergestellte Zusammenhang zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht findet seine Begründung im Vorrang der Verfassung (Art. 1 I GG, Art. 20 III GG).

- Siehe dazu auch *Schenke*, in: BK, Stand 2009, Art. 19 IV GG Rn. 51 -

Das bedeutet die unmittelbare Geltung des Verfassungsrechts, verbunden mit einem Nachrang des einfachen Rechts gegenüber dem Verfassungsrecht.

- *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Einl. Rn. 323; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Einl. Rn. 13; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 253, 256; *Antoni*, in: Hömig/Wolff, GG, 12. Aufl. 2018, Art. 1 GG Rn. 20 -

Der Vorrang der Verfassung ist insoweit mit einem grundsätzlichen Verwerfungsmonopol des BVerfG verbunden.

- Früher schon *Heusch*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG 2015, Art. 31 Rn. 13 -

Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes führt zu dessen grundsätzlicher Nichtigkeit.

- BVerfGE 150, 244 (306 Rn. 368) -

Das alles gilt dann auch für Entscheidungen des Bundespräsidenten als „sonstiger Hoheitsakt“.

Insgesamt müssen die Beschwerdeführer immer damit rechnen, Opfer der fehlenden Neutralität von Bundesverfassungsrichter Harbarth zu werden.

- b) Da die Beschwerdeführer sich in einem Zivilprozess befinden, und die hier zunächst nur skizzierte für sie bestehende Gefährdungslage in einem wie auch immer gearteten weiteren Zivilprozess entstehen kann, stützen sich die Beschwerdeführer insoweit auch auf den Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 20 III GG. Besondere inhaltliche Ausführungen sind dazu nicht geboten, weil Art. 19 IV GG mit dem Justizgewährungsanspruch inhaltlich deckungsgleich zu verstehen ist.

- Unstr., vgl. *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Rn. 52. So zuletzt auch BGH, NJW 2019, 3444 (3445 f.) -

- c) Die Beschwerdeführer berufen sich zudem noch auf Art. 97 GG, eine Vorschrift, die ebenfalls die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit und damit die Neutralität des Richters gewährleisten. Art. 97 GG ist kein Grundrecht.

-BVerfGE 27, 211 (217) -

Da der Gewährleistungsgehalt des Art. 97 GG aber letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, können die Beschwerdeführer eine Verletzung des Art. 97 GG i.V.m. Art. 2 I GG rügen.

2. Materielle Begründetheit

a) Unabhängigkeit des Richters

- aa) Art. 97 GG enthält eine objektiv-rechtliche Verpflichtung,

- hier aktiviert über Art. 2 I GG-

mit der die sachliche Unparteilichkeit des Richters gesichert werden soll. Die Gerichte sollen die Entscheidungen, die sie treffen, allein an Gesetz und Recht ausrichten.

- BVerfGE 107, 395 (402 f.) -

Die Gewährleistung der Unabhängigkeit bedeutet dabei im Wesentlichen, dass der Richter nur an das Gesetz gebunden ist.

- BVerfGE 14, 56 (69); 26, 186 (198); 27, 312 (319); 148, 69 (90) -

Das Vertrauen der Rechtssuchenden (und der Öffentlichkeit) an die Objektivität und Sachlichkeit der Gerichte solle gefestigt werden. Die Gewährleistung der sachlichen Unabhängigkeit wird zudem auch innerhalb der Gerichtsbarkeit und im Innenverhältnis eines Kollegialgerichts gesichert.

- B. d. 3. Kammer des Zweiten Senats vom 29.02.1996 – 2 BvR 136/96 Rn. 17; BVerfGE 148, 69 (90 Rn. 56) -

Schließlich ist zu beachten, dass Art. 97 GG auch auf den Schutz vor privater und gesellschaftlicher Einflussnahme gerichtet ist.

- BVerfGE 148, 69 (90 Rn. 56) -

Gerade dieser Gesichtspunkt spielt im vorliegenden Verfahren angesichts der engen Verbindung von Bundesverfassungsrichter Harbarth zur Automobilindustrie im Allgemeinen, zu VW im Besonderen, eine ausschlaggebende Rolle.

- bb) Nur unabhängige Richter können dem Anspruch der Rechtsweggarantie aus Art. 19 IV GG gerecht werden.

- BVerfGE 148, 69 (90 f.) -

Elementare Voraussetzung für die Gewährung effektiven Rechtsschutzes i.S.d. Art. 19 IV GG ist die Unabhängigkeit und Neutralität der Richter.

- BVerfGE 139, 245 (274 Rn. 81); *Hermanns*, abWM BVerfGE 148, 133 (146 Rn. 34); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 14; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 1 -

Art. 19 IV GG enthält deshalb eine verfassungsgesetzte Werteinschätzung.

- *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 2014, Art. 19 IV, Rn. 6, 10 f. -

Kernstück des Art. 19 IV GG ist die Sicherung der Neutralitätspflicht des Richters, eine Formulierung, die in dieser Verfassungsbeschwerde durchweg als zusammenfassende Umschreibung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters verwendet worden ist. Nur ein Richter, der seine Entscheidungen unabhängig und unparteilich trifft, ist neutral und kann so effektiven Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 IV GG gewährleisten.

- *Schenke*, in: BK, GG, Stand 2009, Art. 19 IV GG Rn. 86, einhM –

b) Gefährdung

- aa) Die Beschwerdeführer berufen sich darauf, dass die ihnen durch Art. 2 I GG i.V.m. Art. 97 GG, Art. 19 IV GG, Art. 2 I GG i.V.m. Art. 20 III GG (Justizgewährungsanspruch) garantierten subjektiven verfassungsrechtlichen Gewährleistungen durch die Ernennung von Professor Harbarth zum Bundesverfassungsrichter durch den Bundespräsidenten gefährdet werden. Grundrechtsverletzungen können nicht nur durch unmittelbare Grundrechtseingriffe entstehen, sondern auch durch Grundrechtsgefährdungen.

- bb) Das BVerfG hat die Relevanz von Grundrechtsgefährdungen ursprünglich im Zusammenhang mit der Entwicklung staatlicher Schutzpflichten entwickelt

- BVerfGE 49, 89 (141) – Kalkar; früher schon BVerfGE 46, 160 – Fall Schleyer -

und daran bis in die jüngste Zeit hinein festgehalten.

- Siehe dazu etwa BVerfGE 128, 157 (176 f.) -Universitätsklinikum Gießen und Marburg -

Ausgangspunkt für diese Rechtsprechung ist der Gesichtspunkt, dass es ein verfassungsrechtliches Gebot ist, dass der Staat sich schützend und fördernd vor die innerhalb der Wertordnung des GG verankerten Rechtsgütern des Einzelnen stellt.

- Siehe dazu BVerfGE 39, 1 (42); *Pietzker*, Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, in: FS f. Dürig 1990, 345 -

Für die Ausgestaltung einer Schutzpflicht sollen dabei Art, Nähe und Ausmaß möglicher Gefahren maßgeblich sein.

- BVerfGE 51, 324 (346); *Hillgruber*, in: HStR IX (2011), § 200 Rn. 94 -

Zwar ist die aus Grundrechtsverletzungen entstehende Grundrechtsgefährdung im Zusammenhang mit dem Bestehen von Schutzpflichten (wie schon erwähnt) entwickelt worden. Es ist aber allgemein anerkannt, dass die Grundrechtsgefährdungen auch bei der Verletzung grundrechtlicher Abwehrrechte in Betracht kommen.

- Siehe etwa *Szekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, 301 f.; *Hillgruber*, in: HStR IV (2011), § 200 Rn. 94 -

Darum geht es im vorliegenden Fall.

c) Verfassungsrechtliche Konsequenzen

aa) Art

Der Standpunkt der Beschwerdeführer, die Ernennung von Professor Harbarth zum Bundesverfassungsrichter gefährde ihren verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsstatus beruht auf der grundsätzlichen Feststellung, dass es sich bei der Gewährleistung der Neutralität des entscheidenden Richters um ein fundamentales Rechtsgut handelt, zum andern aber darauf, dass eine etwaige Grundrechtsverletzung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Hat das BVerfG entschieden, hat es entschieden. Die Folgen sind irreparabel. Die Art der Gefährdung ist damit gekennzeichnet.

bb) Ausmaß

Auch das Ausmaß der Grundrechtsgefährdung liegt auf der Hand. Bei einer unter Verstoß gegen die Neutralitätspflicht zustande gekommenen Entscheidung des BVerfG, die die einfachrechtliche Rechtslage zu ihren Lasten verändert, ist die mögliche Grenze der Totalverlust ihrer Rechtsansprüche.

cc) Nähe

Grundsätzlich ist ungewiss, ob es zu einer Entscheidung des BVerfG, in welchem Verfahren auch immer, kommt, durch die – sonst bestehende – Rechte der Beschwerdeführer in verfassungswidriger Weise verletzt werden. Es ist auch ungewiss, ob Bundesverfassungsrichter Harbarth an einer entsprechenden Kammer- oder Senatsentscheidung mitgewirkt hat. Hat Bundesverfassungsrichter Harbarth jedoch an einer solchen Entscheidung mitgewirkt, lässt sich im Regelfall – wegen des Beratungsgeheimnisses – nicht klären, welchen Einfluss seine Mitwirkung auf die bestehende Entscheidung gehabt hat. Insoweit liegt es allerdings nicht anders, als bei der Verletzung der informationellen Selbstbestimmungsrechts durch heimliche behördliche Überwachungsmaßnahmen. Dass der Beschwerdeführer von der Überwachung nichts weiß und zunächst auch nichts erfährt, ändert nichts an der Grundrechtsverletzung.

- Vgl. zuletzt BVerfGE 150, 309 (324 Rn. 34 f.) -

Im vorliegenden Fall ist die für eine Grundrechtsgefährdung erforderliche Nähe ihres Eintritts aus einer Reihe von Gründen verlässlich gegeben.

(1) Richter Harbarth ist als Rechtsanwalt in hohem Maße der Großindustrie im Allgemeinen, der Automobilindustrie im Besonderen und dabei vor allem dem Prozessgegner der MFK VW verpflichtet gewesen. Das ist im Sachverhalt von den Beschwerdeführern belegt worden.

- Siehe oben II. 6 -

Sieht man einmal von der unmittelbaren Rechtsbeziehung zu VW ab, so ist unabhängig davon das erhebliche Gewicht der Industrieverknüpfung von Richter Harbarth evident. Er hat für 2018 53 Mandanten angegeben.

- Siehe oben Fotokopie Anlage 1 -

Das ist für die hier anzunehmenden Großmandate eine stattliche Zahl. Es ist auch ausgeschlossen, dass die langjährig entstandenen Mandatsbeziehungen verloren gehen. So würde sich kein anständiger Mensch verhalten, auch wenn er – selbstverständlich – jeweils darauf hinweisen wird, dass er nunmehr als Bundesverfassungsrichter nicht mehr frei ist. An den Kontakten ändert das trotzdem nichts.

Das gilt auch im Zusammenhang mit den Mitgliedern seiner früheren Anwaltskanzlei. Die langjährigen persönlichen Beziehungen bleiben erhalten. Das wird auch dadurch deutlich, dass die frühere Anwaltskanzlei von Richter Harbarth, SZA Schilling, Zutt & Anschütz bei ihren Pressemitteilungen und Internetauftritten ausführlich darauf hinweist, dass ihr früherer Partner nunmehr Vizepräsident des BVerfG ist.

(2) Aber auch die effektive Nähe der Grundrechtsgefährdung der Beschwerdeführer ist gegeben. Zum einen ist angesichts der Allzuständigkeit des GG immer mit der Möglichkeit zu rechnen, dass eine die einfachrechtliche Rechtsstellung der Beschwerdeführer berührende Entscheidung des BVerfG ergeht. Zum andern liegt eine solche Möglichkeit in noch viel konkreterer Weise nahe, weil sich die Automobilindustrie in einem tiefgreifenden Wandel befindet. Wandel verändert Besitzstände. Die Veränderung von Besitzständen führt regelmäßig zu Rechtsstreitigkeiten. Und schließlich ist darauf hinzuweisen, dass selbst dann, wenn solche Entscheidungen des BVerfG gar nicht ergehen, eine vorbeugende Rücksichtnahme der Fachgerichte – die natürlich eine Aufhebung der von ihnen getroffenen Entscheidungen vermeiden möchten – überaus wahrscheinlich ist. Es ist der böse Schein, der zu Lasten der Beschwerdeführer einwirkt. Wer will schon in eine Kollision mit dem Vizepräsidenten und späteren Präsidenten des BVerfG kommen. Damit soll nicht gesagt werden, dass die Fachgerichte nunmehr ihre Unabhängigkeit im Hinblick auf die zu erwartenden Reaktionen bewusst aufs Spiel setzen. Es ist vielmehr zu erwarten, dass die Fachgerichte eine aus ihrer Sicht an Gesetz und Recht gebundene Entscheidung der zu erwartenden Entscheidung des BVerfG anpassen, sie also antizipieren, und das alles insoweit mit Sicherheit in Unkenntnis der bestehenden Neutralitätshindernisse bei Bundesverfassungsrichter Harbarth.

- d) Als Ergebnis halten die Beschwerdeführer deshalb fest, dass die Ernennung von Professor Harbarth zum Bundesverfassungsrichter durch den Bundespräsidenten wegen der damit verbundenen Gefährdung ihrer verfassungsrechtlichen Rechtsposition ihre Grundrechte aus Art. 19 IV GG/Art. 2 I GG i.V.m. Art. 20 III GG/Art. 2 I GG i.V.m. Art. 97 GG verletzt.

V.

Die Verfassungsbeschwerde ist auch zur Entscheidung anzunehmen (§ 93a BVerfGG).

Die Frage, welche Rechtskontrolle für die Ernennung eines Bundesverfassungsrichters durch den Bundespräsidenten gegeben ist, hat grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung. Hinzu kommt die erhebliche faktische Auswirkung der zu treffenden Entscheidung. Letzen Endes sind alle 462.000 Kläger der MFK betroffen, eigentlich aber jeder potenzielle Beteiligte eines Instanzverfahrens, weil, wie gezeigt

worden ist, die Entscheidungen des BVerfG unter Mitwirkung von Bundesverfassungsrichter Harbarth ergehen können. Dabei genügt wegen des bösen Scheins auch das Ausbleiben einer solchen Entscheidung.

Dr. Ralf Stoll
Rechtsanwalt
Geschäftsführer
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Ralph Sauer
Rechtsanwalt
Geschäftsführer
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht